

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1589/2011-FPUBL

ATA/655/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 18 octobre 2011

dans la cause

ÉTAT DE GENÈVE

représenté par Me Dominique Lévy, avocat

contre

Monsieur X_____

représenté par Me Christian Bruchez, avocat

EN FAIT

1. Monsieur X_____ a été engagé par l'Etat de Genève à partir du 1^{er} janvier 2001. Chef du service des demandes et attributions de logements auprès de l'office cantonal du logement dès le 1^{er} janvier 2003, il a été nommé fonctionnaire le 1^{er} janvier 2004.
2. Par arrêté du 9 juin 2008, le Conseil d'Etat a mis fin aux rapports de service de M. X_____ pour le 31 octobre 2008. Il a fixé l'indemnité de licenciement (résiliation des rapports de service pour cause de suppression de poste) à CHF 69'628,20 brut en application de l'art. 23 al. 4 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05). Le versement de ce montant, déduction faite des charges sociales, est intervenu le 29 octobre 2008, date à laquelle a été versé le dernier salaire de M. X_____.
3. Sur recours de M. X_____, le Tribunal administratif, devenu depuis le 1^{er} janvier 2011 la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), a, par arrêt du 4 novembre 2008 (ATA/569/2008), constaté que l'arrêté du Conseil d'Etat du 9 juin 2008 était contraire au droit, proposé la réintégration du recourant, et dit qu'en cas de refus de l'Etat de Genève, ce dernier devrait verser à l'intéressé une indemnité de CHF 213'564.-. Le Tribunal administratif l'y condamnait en tant que de besoin.
4. L'Etat de Genève a informé l'intéressé par courrier du 13 janvier 2009 qu'il ne serait pas réintégré et que l'indemnité de CHF 213'564.- serait compensée avec celle de CHF 69'628,20 dès lors que cette dernière lui avait été réglée en vertu d'une cause qui avait cessé d'exister.
5. Le 21 janvier 2009, l'Etat de Genève a versé à l'intéressé la somme de CHF 143'935,80 correspondant à la différence entre CHF 213'564.- et CHF 69'628,20.
6. a. Le 19 février 2009, l'intéressé a fait notifier à l'Etat de Genève un commandement de payer de CHF 213'564.-, sous déduction de CHF 143'935,80, soit un montant de CHF 69'628,20 avec intérêts à 5 % dès le 11 novembre 2008, poursuite N° 09 112531 Z. Cet acte a été frappé d'opposition.

b. Par jugement du 29 juin 2009 n° JTPI/8666/2009, le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève (ci-après : TPI) a rejeté la requête en mainlevée définitive d'opposition déposée par l'intéressé contre l'Etat de Genève. En effet, les paiements opérés par ce dernier totalisaient CHF 213'564.-,

soit CHF 69'628,20 versés le 29 octobre 2008 et CHF 143'935,80 le 21 janvier 2009.

c. Par arrêt du 15 octobre 2009 n° ACJC/1197/09, la Cour de justice a admis l'appel interjeté par M. X_____ contre ce jugement et prononcé la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer poursuite N° 09 112531 Z. Le versement de CHF 69'628,20, opéré le 29 octobre 2008 n'avait pas été effectué au titre de l'indemnité fixée par la chambre administrative puisque l'arrêt de celle-ci, constituant le titre de la mainlevée, n'avait pas encore été rendu et que la fiche de salaire d'octobre 2008 précisait qu'il était effectué à titre d'indemnité de départ arrêtée par le Conseil d'Etat dans sa décision de licenciement du 9 juin 2008.

d. Requis par M. X_____ de continuer la poursuite, l'office des poursuites a exécuté une saisie et lui a fait virer, le 5 mars 2010 les fonds versés en ses mains par l'Etat de Genève pour solde de la poursuite, soit CHF 69'628,20 ainsi que les intérêts à 5 % dès le 29 octobre 2008, pour un montant total de CHF 75'672,60.

7. a. Le 25 novembre 2009, l'Etat de Genève a fait notifier à l'intéressé un commandement de payer poursuite N° 09 237987 J, pour la somme de CHF 69'628,20 avec intérêts dès le 29 octobre 2008 et frais de poursuite, afin d'interrompre la prescription. Cet acte a été frappé d'opposition.

b. Par demande déposée au greffe du TPI le 31 mars 2010, l'Etat de Genève a formé une action en répétition de l'indu contre l'intéressé, dans laquelle il a conclu à ce que ce dernier soit condamné à lui payer la somme de CHF 69'628,20 plus intérêts à 5 % dès le 29 octobre 2008 et au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer poursuite N° 09 237987 J sous suite de dépens.

c. Dans son mémoire de réponse du 23 novembre 2010, l'intéressé a soulevé une exception d'incompétence *ratione materiae* et conclu avec suite de dépens à ce que l'action en répétition de l'indu soit déclarée irrecevable. S'agissant d'une créance de droit public, seule la juridiction de céans était compétente pour connaître de cette action. Au fond, il a conclu au déboutement de l'Etat de Genève de toutes ses conclusions et à sa condamnation aux dépens.

d. Lors de l'audience de plaidoiries du 25 novembre 2010, l'intéressé a persisté dans ses conclusions sur exception d'incompétence *ratione materiae*. Pour sa part, l'Etat de Genève a fait valoir que le TPI avait été valablement saisi.

8. Par jugement du 20 décembre 2010 n° JTPI/21898/2010 notifié aux parties par pli du lendemain, le TPI a déclaré irrecevable l'action en répétition de l'indu formée par l'Etat de Genève contre l'intéressé et a condamné l'Etat en tous les

dépens comprenant une indemnité de procédure de CHF 500.- valant participation aux honoraires d'avocat de l'intéressé.

En substance, le premier juge s'est déclaré incompétent *ratione materiae* retenant que, conformément aux art. 56A et 56G de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (aLOJ), le Tribunal administratif était seul compétent pour connaître de l'action, que ce soit en instance unique (art. 56G aLOJ) ou comme autorité de recours si la prétention du demandeur pouvait faire l'objet d'une décision administrative (art. 56A aLOJ).

9. Par acte adressé au greffe de la chambre civile de la Cour de justice (ci-après : la chambre civile) le 21 janvier 2011, l'Etat de Genève a appelé de ce jugement dont il avait reçu notification le 22 décembre 2010. Il a conclu avec suite de dépens à la condamnation de l'intéressé à lui verser la somme de CHF 69'628,20 avec intérêts à 5 % dès le 29 octobre 2008 et au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer poursuite N° 09 237987 J, subsidiairement, au renvoi de l'action devant le TPI ou au renvoi, voire à la transmission de l'action devant la chambre administrative.

S'agissant d'une action en répétition de l'indu fondée sur l'art. 86 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP - RS 281.1), la compétence du TPI était donnée par l'art. 86 al. 3 let. a de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en application de l'art. 23 LP. Le fait que le rapport de droit de fond soit régi par le droit public ou le droit privé n'avait aucune incidence sur l'autorité compétente. L'action en répétition de l'indu était soumise à la procédure civile ordinaire.

La somme de CHF 69'628,20 avait été versée à M. X_____ au titre d'indemnité fixée par l'arrêté de licenciement du Conseil d'Etat du 9 juin 2008. L'arrêt du Tribunal administratif du 4 novembre 2008 (ATA/569/2008 précité) ayant constaté que le licenciement était contraire au droit, avait ordonné la réintégration de M. X_____ et avait fixé une indemnité de CHF 213'564.- en sa faveur, dans l'hypothèse où il ne serait pas réintégré. Compte tenu du fait que l'arrêté de licenciement avait été annulé par l'arrêt précité, l'indemnité de licenciement déjà versée à M. X_____ n'avait plus de raison d'être. L'Etat de Genève avait invoqué la compensation en déduisant le montant de CHF 69'628,20, déjà versé, de la somme de CHF 213'564.- fixée par la juridiction administrative. L'Etat de Genève réclamait à juste titre la restitution du montant qui avait été saisi en vertu de la poursuite N° 09 112531 Z et qui avait été versé à M. X_____. Cette somme était également due au titre de l'enrichissement illégitime au sens de l'art. 62 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations (CO - RS 220) . Enfin, l'attitude de M. X_____, demandant deux fois le paiement de la même somme, était contraire à la bonne foi.

10. Dans sa réponse du 9 mars 2011, l'intéressé a conclu à la confirmation du jugement entrepris et à la condamnation de l'Etat de Genève en tous les frais et dépens.

L'action en répétition de l'indu relevait du droit de fond et non du droit des poursuites. Le juge compétent pour connaître de cette action était celui qui traitait ordinairement du fond du litige. Lorsque la créance en poursuite était fondée sur le droit public, agir par voie de procédure ordinaire au sens de l'art. 86 LP consistait à saisir la juridiction administrative compétente pour trancher au fond. La LOJ, tant dans son ancienne teneur que dans sa nouvelle teneur en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, instituait la chambre administrative comme autorité de recours supérieure ordinaire en matière administrative (art. 56A aLOJ ; art. 132 al. 1 LOJ). C'était ainsi à juste titre que le TPI avait considéré qu'il n'était pas compétent pour connaître de l'action en répétition de l'indu formée par l'Etat de Genève. Le nouvel art. 86 al. 3 let. a LOJ, selon lequel le TPI exerçait les compétences attribuées au juge par la LP, ne pouvait viser que les compétences pour les litiges relevant du droit des poursuites, et avait ainsi la même portée que les anciens art. 19 ss de la loi d'application de la loi fédérale de la poursuite pour dettes et la faillite du 16 mars 1912 (aLaLP - E 3 60).

L'action en répétition de l'indu était subordonnée au paiement par le demandeur d'un montant qu'il ne devait pas. Or, le montant de CHF 69'628,20 était dû en vertu de l'arrêté de licenciement du 9 juin 2008 ; celui de CHF 213'564.- en vertu de l'arrêt de la juridiction de céans du 4 novembre 2008. Contrairement à ce que soutenait l'Etat de Genève, ce dernier arrêt n'avait pas annulé l'arrêté de licenciement. En effet, selon l'art. 31 al. 2 LPAC lorsque l'autorité de recours jugeait que la résiliation des rapports de service était contraire au droit, elle ne pouvait que le constater et proposer la réintégration à l'autorité compétente. L'autorité administrative intimée décidait souverainement si elle entendait donner suite à cette proposition en annulant l'arrêté de licenciement. En cas de refus, la juridiction compétente fixait une indemnité de licenciement en faveur du fonctionnaire (art. 31 al. 3 LPAC). Par économie de procédure, la juridiction de céans avait fixé d'emblée l'indemnité dans le dispositif de l'arrêt constatant que le licenciement était contraire au droit.

En conséquence l'arrêté de licenciement n'ayant jamais été annulé, le versement de l'indemnité due en vertu de ce dernier n'était pas intervenu sans cause du fait de l'arrêt de la juridiction de céans. Les indemnités fixées tant par l'arrêté de licenciement que par l'arrêt de la juridiction de céans étaient dues toutes les deux, partant l'Etat de Genève ne pouvait opposer la compensation à M. X_____.

Si l'Etat de Genève considérait que l'indemnité payée à la fin des rapports de service en vertu de l'art. 23 al. 4 LPAC devait être prise en considération en tant que circonstance dans la fixation de l'indemnité de l'art. 31 al. 3 LPAC, il aurait dû

invoquer cet argument devant la juridiction de céans ou interjeter recours au Tribunal fédéral contre cet arrêt, ce qu'il n'avait pas fait.

11. Le 20 mai 2011 la chambre civile a confirmé le jugement du TPI et a transmis la cause à la chambre administrative, condamnant l'Etat de Genève aux dépens d'appel.

L'action en répétition de l'indu de l'art. 86 LP était un moyen de défense du débiteur lié aux particularités de la législation fédérale sur la poursuite pour dettes. Cette disposition protégeait celui qui n'avait pas payé librement et qui n'avait payé que pour se soustraire à une poursuite, uniquement parce qu'il y avait été contraint ou encore parce qu'il s'était résigné à l'exécution forcée. L'art. 63 al. 3 CO qui visait le paiement fait volontairement mais par erreur réservait d'ailleurs expressément l'hypothèse de la répétition d'une attribution effectuée à la suite d'une procédure d'exécution à laquelle la LP consacrait un régime particulier.

L'action en répétition de l'indu était un procès civil ordinaire au fond, c'est-à-dire une action de pur droit matériel portant sur l'existence et l'exigibilité d'une créance civile qui relevait de la compétence des tribunaux ordinaires et qui était soumise aux règles habituelles de compétence et de procédure. Tant la jurisprudence que la doctrine considéraient que seule une créance de droit privé pouvait donner lieu à cette procédure. Aussi, l'art. 86 LP ne pouvait s'appliquer aux créances de droit public, de sorte que la répétition d'une somme indûment payée relevait de la juridiction administrative et était soumise à la procédure administrative.

En matière de répétition de prestations de droit public certaines dispositions légales renvoyaient directement à l'art. 86 LP et admettaient la restitution des prestations aux conditions posées par la norme précitée. Dans le cas où la loi ne faisait aucune référence à un droit de répétition, doctrine et jurisprudence admettaient que le droit de répéter l'indu existait en vertu des principes généraux du droit public. L'art. 56A aLOJ prévoyait que le Tribunal administratif était l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative. Il connaissait en instance unique des prétentions fondées sur le droit public qui ne pouvaient pas faire l'objet d'une décision et qui découlaient d'un contrat de droit public (art. 56G aLOJ). Les rapports entre les parties découlaient d'un contrat de droit public (art. 56G aLOJ). Le Tribunal administratif était l'autorité compétente pour connaître des décisions concernant le statut et les rapports de service des fonctionnaires. Depuis le 1^{er} janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle LOJ, l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif avait échu à la chambre administrative.

Les art. 19 et ss aLOJ ne donnaient pas au TPI la compétence exclusive de connaître des contestations de pur droit matériel telle que l'action en répétition de l'indu.

Il incombait dès lors à l'appelant de saisir la chambre administrative compétente pour connaître d'une action tendant à la répétition d'une prestation fondée sur le droit public cantonal.

12. Par pli du 7 juin 2011, M. X_____ a sollicité la suspension de la procédure devant la chambre administrative jusqu'à l'échéance du délai de trente jours pour recourir au Tribunal fédéral à l'encontre de l'arrêt de la chambre civile.
13. Le 16 juin 2011, l'Etat de Genève a informé la juridiction de céans ainsi que l'intéressé qu'il n'entendait pas recourir au Tribunal fédéral à l'encontre de l'arrêt précité du 20 mai 2011 et acceptait le transfert du dossier de la cause à la chambre administrative.
14. Dans ses écritures du 14 juillet 2011, l'Etat de Genève a persisté intégralement dans les conclusions prises à l'encontre de l'intéressé.
15. Le 14 juillet 2011, M. X_____ a conclu à ce que la juridiction de céans déclare irrecevable l'action en répétition de l'indu de l'Etat de Genève à son encontre. Subsidiairement, il a conclu au rejet des conclusions de l'Etat de Genève.

Aux termes de l'art. 132 LOJ, la chambre administrative était l'autorité de recours supérieure ordinaire en matière administrative. La voie ordinaire de saisine de la chambre de céans était donc la voie du recours et pas celle de l'action. Selon l'art. 132 al. 3 LOJ, la chambre de céans connaissait en instance cantonale unique des actions fondées sur le droit public qui ne pouvaient pas faire l'objet d'une décision et qui découlaient d'un contrat de droit public. Suite à la jurisprudence de la chambre de céans, en matière de fonction publique, le fonctionnaire ne pouvait plus intenter une action pécuniaire pour des prétentions fondées sur les rapports de service mais devait formuler ses prétentions auprès de l'autorité qui violait ses droits. Celle-ci prenait une décision qui était alors sujette à recours auprès de la juridiction de céans. Par conséquent l'Etat de Genève ne pouvait saisir directement la chambre de céans par voie d'action.

Pour le surplus, il reprenait pour l'essentiel l'argumentation déjà développée devant la chambre civile. Il y sera fait référence ci-après en tant que de besoin.

16. Dans un courrier du 21 juillet 2011, la chambre administrative a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Depuis le 1^{er} janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle LOJ, l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative (art. 132 al. 1 LOJ).
2. Selon l'intimé, l'action en répétition de l'indu est irrecevable, car suite à la modification de la LOJ, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, l'action pécuniaire ayant disparu, la chambre administrative ne peut plus être saisie que par voie de recours, la saisine par voie d'action étant désormais limitée à l'hypothèse de l'action contractuelle de l'art. 56G aLOJ, devenu depuis le 1^{er} janvier 2011 l'art. 132 al. 3 LOJ.
 - a. Aux termes de l'art. 132 LOJ, la chambre administrative est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (al. 1 ; art. 56A al. 1 aLOJ jusqu'au 31 décembre 2010)

Le recours à la chambre administrative est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 4, 4A, 5, 6, al. 1, let. a et e, et 57 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). Sont réservées les exceptions prévues par la loi (al. 2 ; art. 56A al. 2 aLOJ jusqu'au 31 décembre 2010).

La chambre administrative connaît en instance cantonale unique des actions fondées sur le droit public qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision au sens de l'al. 2 et qui découlent d'un contrat de droit public. Les dispositions de la LPA, en matière de recours s'appliquent par analogie à ces actions (al. 3 ; art. 56G aLOJ jusqu'au 31 décembre 2010).

- b. Depuis la modification de la LOJ entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, la chambre administrative est compétente, en sa qualité d'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative, pour connaître des recours contre les décisions concernant le statut et les rapports de service des fonctionnaires et autres membres du personnel de l'Etat (art. 132 al. 1 et 2 LOJ). Auparavant, la chambre administrative n'était compétente dans ce domaine que dans la mesure où une disposition légale, réglementaire ou statutaire le prévoyait (56B al. 4 aLOJ). Quant à l'art. 56G aLOJ qui réglementait l'ancienne action pécuniaire largement utilisée pour régler le contentieux financier de la fonction publique, sa teneur a été modifiée. Tout d'abord intitulé « action contractuelle » depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 de la modification législative du 18 septembre 2008, et réservé aux prétentions fondées sur le droit public qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision et qui découlent d'un contrat de droit public, il est devenu depuis le 1^{er} janvier 2011 l'art. 132 al. 3 LOJ.

Le but du législateur était de simplifier le contentieux administratif de la fonction publique. Désormais, la voie du recours à la chambre administrative est ouverte en cas de litige entre un agent public et une collectivité publique portant sur des prétentions pécuniaires, dans tous les cas où la détermination relative à celles-ci peut sans difficulté faire l'objet d'une décision ordinaire (PL 10253, ad art. 56G LOJ, p.49). La conséquence de cette modification est importante. Le fonctionnaire ne peut plus intenter une action pécuniaire pour des prétentions fondées sur les rapports de service. Il doit formuler ses prétentions auprès de l'autorité qui, selon lui, viole ses droits (art. 4A LPA). L'autorité ouvre alors une procédure qui est régie par la LPA. Après avoir instruit la cause, l'autorité concernée prend une décision sujette à recours. La juridiction administrative n'intervient plus que sur recours contre cette décision. De son côté, l'action contractuelle de l'art. 132 al. 3 LOJ n'est plus une voie de droit ouverte pour ce type de contentieux, étant désormais réservée à celui des contrats de droit public (ATA/125/2011 du 1^{er} mars 2011 ; ATA/458/2010 du 29 juin 2010 ; ATA/9/2010 du 12 janvier 2010 ; ATA/575/2009 du 10 novembre 2009 et les références citées).

Se fondant sur cette jurisprudence, M. X_____ soutient que l'Etat de Genève ne pouvait saisir la chambre administrative par voie d'action. Il aurait dû rendre une décision enjoignant à M. X_____ de restituer la somme qu'il lui avait versée le 5 mars 2010 en exécution de la saisie effectuée dans le cadre de la poursuite N° 09 112531 Z. Or, la mainlevée de la poursuite précitée a été accordée sur la base de l'ATA/569/2008 du 4 novembre 2008 condamnant l'Etat de Genève à verser à M. X_____ la somme de CHF 213'564.-. Cet arrêt, rendu par la chambre de céans était devenu définitif et exécutoire et partant constituait un titre de mainlevée définitive. Rendu dans un litige opposant l'Etat de Genève et M. X_____, il leur était opposable. Il tombe sous le sens qu'une autorité partie à la procédure, ne peut pas par décision unilatérale modifier l'arrêt définitif et exécutoire rendu par une juridiction dans le cadre de cette procédure.

Pour le surplus, le courrier de l'Etat de Genève informant M. X_____ qu'il ne serait pas réintégré et qu'il serait procédé à la compensation avec l'indemnité versée précédemment revêtait toutes les caractéristiques d'une décision et cela n'avait pas empêché M. X_____ d'obtenir la mainlevée de l'opposition.

Au vu de ce qui précède, la cour de céans devait bien être saisie par voie d'action.

3. La disparition de l'action pécuniaire ne permet la saisine directe par voie d'action que dans le cas limité de l'art. 132 al. 3 LOJ qui est réservé au contentieux dérivant des contrats de droit public mais qui n'est pas applicable au contentieux de la fonction publique.

En effet, l'action en répétition de l'indu intentée par l'Etat de Genève se fonde sur les rapports de service qui liaient M. X_____ à l'Etat de Genève et qui ont donné lieu à son licenciement puis à la procédure auprès de la juridiction de céans. Elle relève donc du droit public et elle ne peut pas faire l'objet d'une décision. En revanche, lesdits rapports de service ne découlaient pas d'un contrat, mais de la nomination de l'intimé au statut de fonctionnaire. Or, selon la jurisprudence constante de la chambre de céans, la nomination à une fonction est un acte unilatéral qui a pour conséquence l'application d'un régime statutaire (P. MOOR, Droit administratif, vol. 3, 2ème éd., 1992 ; U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006). Aussi la condition relative à l'existence d'un contrat fait-elle défaut (ATA/361/2010 du 1^{er} juin 2010).

Le fait de restreindre l'action pécuniaire au seul contentieux dérivant des contrats de droit public aurait ainsi pour effet d'empêcher l'Etat de Genève d'initier une action en répétition de l'indu dans certains cas et notamment ceux qui ont une relation avec la fonction publique et dans lesquels l'Etat de Genève ne peut pas rendre de décision.

4. a. Tant la doctrine que la jurisprudence reconnaissent que le principe de la répétition de l'indu, énoncé aux art. 62 ss CO, constitue une règle générale de l'ordre juridique, applicable en droit public (P. MOOR, Droit administratif, vol 2, 3^{ème} édition, 2011, p. 168-169 ; B. KNAPP, Précis de droit administratif, 4^{ème} édition, 1991, p. 166 ch. 756). Ainsi, l'administré qui verse à l'Etat une somme dont il n'est pas redevable est en droit d'en réclamer la restitution, même en cas de silence de la loi, si le versement est intervenu sans cause valable (ATA/508/1997 du 26 août 1997 ; A. MACHERET, La restitution de taxes perçues indûment par l'Etat en droit suisse, Etudes suisses de droit européen, vol. 18 1976 p. 191 ss ; cf également ATA/242/2011 du 12 avril 2011).

A contrario, l'Etat qui verserait à l'administré une somme dont il n'est pas redevable est en droit d'en réclamer la restitution même si le versement est intervenu sans cause valable, alors même que le cas n'est pas prévu expressément par la loi. Dans le cas d'espèce, le rapport juridique liant l'Etat de Genève à M. X_____ était un rapport de droit public, l'indemnité litigieuse, dont la répétition est demandée, se fondant sur les dispositions de la LPAC, raison pour laquelle les tribunaux civils se sont déclarés incompétents.

b. Le fait que le législateur commette une inadvertance lors d'une révision de la loi n'implique pas nécessairement que le juge puisse y remédier en faisant lui-même œuvre de législateur. De manière générale, la doctrine distingue les lacunes proprement dites et improprement dites de la loi. Les premières sont les silences non voulus par le législateur, qui rendent la loi inapplicable ou qui engendrent des résultats contraires à sa systématique ou à ses objectifs. Les secondes sont les silences de la loi sur des points qui en rendent l'application

insatisfaisante. Ces dernières ne permettent pas au juge de se substituer au législateur (ATF 128 I 34 consid. 3b p. 42 ; ATA/111/2003 du 4 mars 2003 ; P. MOOR, Droit administratif, vol. I, 2ème éd., 1994, pp. 154-155).

La transformation de l'action pécuniaire en action contractuelle suite à la modification législative entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 a pour effet de priver l'Etat de Genève d'action en répétition de l'indu dans un cas, à vrai dire exceptionnel, où cette action, comme en l'espèce, a pour origine un contentieux lié à la fonction publique. Ce résultat est paradoxal, dans la mesure où la nouvelle, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, répond aux exigences de l'art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) garantissant l'accès au juge ainsi qu'à l'art. 86 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) qui oblige les cantons à instituer des tribunaux supérieurs statuant en dernière instance comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral (ATA/458/2010 du 29 juin 2010). En effet, le système de l'art. 29a Cst. pose le droit à l'accès au juge comme un principe, auquel seule une loi formelle peut, dans des cas exceptionnels, déroger (PL 10253 -MGC 2007-2008/VIII A, D/42 ad. art. 56B al. 4 aLOJ). La *ratio legis* était ainsi d'élargir l'accès au juge.

Dans le cas d'espèce la modification législative aboutit au résultat contraire au but qu'elle poursuivait en empêchant l'Etat de Genève de saisir le juge d'une action en répétition de l'indu fondée sur un litige dérivant d'un contentieux lié à la fonction publique qui ne peut pas faire l'objet d'une décision.

Il s'agit d'une lacune proprement dite que le juge peut combler. Partant, l'action est recevable.

5. Suite à l'arrêté de licenciement pour suppression de poste pris par le Conseil d'Etat le 9 juin 2008, l'Etat de Genève a versé à M. X_____ CHF 69'628,20 le 29 octobre 2008, correspondant à l'indemnité maximale de six mois prévue par l'art. 23 al. 4 LPAC. Sur recours de M. X_____, la chambre de céans a déclaré le licenciement contraire au droit et a proposé la réintégration de M. X_____. Au cas où ce dernier ne serait pas réintégré, l'indemnité était fixée au maximum prévu par l'art. 31 al. 3 LPAC, soit vingt-quatre mois du dernier traitement brut, totalisant CHF 213'564.- (ATA/569/2008 du 4 novembre 2008).

Selon M. X_____ les deux indemnités lui sont dues, l'une étant versée en vertu de l'arrêté du Conseil d'Etat du 9 juin 2008, qui n'a pas été formellement annulé, et l'autre en vertu de l'arrêt de la chambre de céans du 4 novembre 2008 (ATA/569/2008 précité). L'Etat de Genève allègue avoir excipé de la compensation à bon droit par courrier du 13 janvier 2009. Partant, la somme, saisie et versée à M. X_____ le 5 mars 2010, devait lui être restituée.

6. Le droit à la répétition de l'indu oblige à restitution celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, soit notamment sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée ou d'une cause qui a cessé d'exister. Ce principe, posé par l'art. 62 CO est applicable aux rapports de droit public (ATA/242/2011 du 12 avril 2011 ; P. MOOR, Droit administratif, vol. 2, 2^{ème} éd., 2002, p. 146).
7. a. Aux termes de l'art. 23 LPAC, lorsque, pour des motifs de réorganisation ou de restructuration du service, un poste occupé par un membre du personnel régulier est supprimé, le Conseil d'Etat peut résilier les rapports de travail (al. 1). Une telle résiliation ne peut intervenir que s'il se révèle impossible de confier au membre du personnel régulier un autre poste correspondant à ses capacités (al. 2). En cas de résiliation, seul le fonctionnaire reçoit une indemnité égale à six fois son dernier traitement mensuel de base, plus 0,2 fois son dernier traitement mensuel de base par année passée au service de l'Etat ou de l'établissement, une année entamée comptant comme une année entière. Le nombre de mois d'indemnités versées ne peut excéder le nombre de mois restant à courir jusqu'à l'âge légal de retraite du fonctionnaire (al. 4).
- b. Selon l'art. 31 LPAC peut recourir à la chambre administrative pour violation de la loi tout membre du personnel dont les rapports de service ont été résiliés (al. 1). Si la chambre administrative retient que la résiliation des rapports de service est contraire au droit, elle peut proposer à l'autorité compétente la réintégration (al. 2). En cas de décision négative de l'autorité compétente, la chambre administrative fixe une indemnité dont le montant ne peut être inférieur à un mois ni supérieur à vingt-quatre mois du dernier traitement brut à l'exclusion de tout autre élément de rémunération ; concernant un employé, l'indemnité ne peut être supérieure à six mois (al. 3).

A lecture de la loi, il apparaît que l'indemnité fixée par l'art. 23 al. 4 LPAC est due dans l'hypothèse où le licenciement pour suppression de poste est effectué conformément à la loi. En revanche, l'indemnité de l'art. 31 al. 3 LPAC n'est due que lorsque le licenciement est déclaré contraire à la loi, et que la réintégration est proposée mais qu'elle n'est pas acceptée par l'autorité. Le versement de cette dernière indemnité n'est pas prévu dans le but de réparer un éventuel tort moral ou de sanctionner un licenciement abusif, mais uniquement dans celui de pallier le refus de l'employeur de réintégrer la personne qui aurait été licenciée à tort (ATA/525/2011 du 30 août 2011). C'est sans doute pour cela d'ailleurs que le montant maximum de l'indemnité est fixé de manière différente. Dans le premier cas il est limité à six mois du dernier traitement mensuel mais il est augmenté en tenant compte du nombre d'années que le fonctionnaire a passées au service de l'Etat. Dans le second cas, le montant peut aller jusqu'à vingt-quatre mois du dernier salaire brut.

Bien qu'ayant toutes les deux leur origine dans le licenciement d'un fonctionnaire, les deux indemnités ont ainsi deux causes différentes et elles sont antinomiques : la première compense la rigueur d'un licenciement conforme au droit. La deuxième compense un licenciement qui est contraire au droit et qui n'est pas corrigé par l'autorité car celle-ci refuse de réintégrer le fonctionnaire. Ces deux indemnités ne peuvent pas être cumulées puisqu'elles sont dues dans deux hypothèses différentes. D'ailleurs l'art. 31 al. 3 LPAC institue un plafond puisque l'indemnité peut aller jusqu'à vingt-quatre mois du dernier traitement brut, à l'exclusion de tout autre élément de rémunération.

Dès lors que le licenciement pour suppression de poste est contraire au droit, le fonctionnaire peut être réintégré et l'indemnité de l'art. 23 al. 4 LPAC n'a plus de raison d'être. S'il n'est pas réintégré, c'est l'indemnité de l'art. 31 al. 3 LPAC qui se substitue à celle de l'art. 23 al. 4 LPAC.

En l'espèce, l'ATA/569/2008 du 4 novembre 2008 a constaté que l'arrêt du Conseil d'Etat prononçant le licenciement était contraire au droit. Il a ordonné la réintégration de l'intimé et a fixé l'indemnité en cas de refus de l'autorité au maximum légal prévu par l'art. 31 al. 3 LPAC. Il n'y avait ainsi plus de place pour l'indemnité de l'art. 23 al. 4 LPAC, due seulement dans l'hypothèse où le licenciement était conforme au droit. C'est ainsi à bon droit que l'Etat de Genève a fait valoir la compensation dans son courrier du 13 janvier 2009.

8. M. X_____ soutient que dans le dispositif, la chambre de céans n'a pas prononcé l'annulation de l'arrêté de licenciement fixant l'indemnité. Il fait valoir également que dans ses écritures de l'époque l'Etat de Genève n'a pas conclu à l'imputation du montant déjà versé à titre d'indemnité sur la nouvelle indemnité fixée par la juridiction de céans.

Le principe de la bonne foi est l'émanation d'un principe plus général, celui de la confiance, lequel suppose que les rapports juridiques se fondent et s'organisent sur une base de loyauté et sur le respect de la parole donnée (A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 2^e édition, Berne, 2006, p. 543). Parallèlement à la protection de la confiance, le principe de la bonne foi interdit à chacun d'abuser de ses droits. Compris dans cette perspective, le principe de la bonne foi impose aux justiciables et aux parties à une procédure l'obligation d'exercer leurs droits dans un esprit de loyauté (A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, op.cit. p. 548).

Certes, formellement la chambre de céans n'a pas annulé l'arrêté de licenciement du 9 juin 2008 dans le dispositif de l'arrêt du 4 novembre 2008 bien qu'elle ait dit dans les considérants que l'arrêté devait être annulé (ATA/569/2008 consid. 5 *in fine*). Il n'en demeure pas moins qu'elle l'a clairement déclaré contraire au droit fixant une nouvelle indemnité en vertu de l'art. 31 al. 3 qui correspond au maximum légal, M. X_____ obtenant le plein de ses conclusions.

Ce dernier est particulièrement malvenu dès lors de revendiquer le maintien d'une indemnité qui ne lui est plus due à aucun titre.

Enfin, le versement de la somme fixée par l'arrêté du Conseil d'Etat du 9 juin 2008 est intervenu le 29 octobre 2008, soit quelques jours seulement avant l'arrêt de la chambre de céans. L'Etat de Genève ne pouvait ainsi conclure ni dans ses écritures, ni lors de la comparution personnelle des parties qui s'est tenue le 8 octobre 2008, à l'imputation d'une somme qui n'avait pas encore été versée.

9. L'action sera admise. M. X_____ sera condamné à verser à l'Etat de Genève la somme de CHF 69'628,20 plus intérêts à 5 % l'an, dès le 29 octobre 2008. La mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer poursuite N° 09 237987 J, notifié à M. X_____ le 25 novembre 2009 sera prononcée. Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de M. X_____ qui succombe (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable l'action en répétition de l'indu du 31 mars 2010 formée par l'Etat de Genève à l'encontre de Monsieur X_____ et transmise à la chambre administrative par la chambre civile le 26 mai 2011 ;

au fond :

l'admet ;

condamne Monsieur X_____ à verser à l'Etat de Genève la somme de CHF 69'628,20 plus intérêts à 5 % l'an, dès le 29 octobre 2008 ;

prononce la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer poursuite N° 09 237987 J, notifié à Monsieur X_____ le 25 novembre 2009 ;

met à la charge de Monsieur X_____ un émolument de CHF 1'000.- ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public, s'il porte sur les rapports de travail entre les parties et que la valeur litigieuse n'est pas inférieure à CHF 15'000.- ;

- par la voie du recours en matière de droit public, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- et que la contestation porte sur une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- ;

le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Dominique Lévy, avocat de l'Etat de Genève ainsi qu'à Me Christian Bruchez, avocat de Monsieur X_____.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, M. Thélin, Mme Junod, MM. Dumartheray et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction :

M. Tonossi

la présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :